

Responsabilidad en la Administración Pública y Gestión Antisoborno

Leyli Jeny Aguilar Ventura*
Universidad Nacional de Trujillo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Responsabilidad en la Administración Pública/ 3. Servicio Civil/ 4. La responsabilidad de los servidores civiles / 4.1 Responsabilidad política / 4.2 Responsabilidad civil / 4.3 Responsabilidad penal / 4.4 Responsabilidad administrativa/ 5. Sistema de Gestión Antisoborno / 6. Conclusiones

1. Introducción

Como punto inicial, resulta importante recordar que el eje troncal de acción de los funcionarios y servidores públicos en el ordenamiento jurídico peruano está dirigido al servicio de los ciudadanos. En ese sentido, existen ciertos deberes en el marco de la función pública; que, de no cumplirse, propicia la materialización del carácter *ius puniendi* del Estado asignando las sanciones correspondientes.

2. Responsabilidad en la Administración Pública

En relación a lo mencionado, la responsabilidad en la Administración Pública se expresa a partir de los procedimientos disciplinarios y de los procedimientos sancionadores por responsabilidad funcional, así como la civil y penal.

3. Servicio Civil

En específico, tiene a cargo el ejercicio de funciones públicas, a diferencia del trabajador de una empresa privada. Por tanto, se encuentra sujeto a deberes y obligaciones como las de responder a las incompatibilidades, tener especial probidad, fidelidad a la Constitución y a la ley, imparcialidad, secreto, consideración con el público, etc. Además, está interrelacionado a reglas y principios que garanticen su objetividad o neutralidad. Sin embargo, no todos los funcionarios se encuentran incluidos en los parámetros que establece el servicio civil. Entre ellos, se puede distinguir a aquellos que ocupan su cargo

*Abogada egresada de la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Nacional de Trujillo. Doctora en Gestión Pública y Gobernabilidad, Magister en Derecho Administrativo y Constitucional en la misma casa de estudios. Magister en Gestión Pública en la USMP.

Además, es docente en la UNT y en el Instituto Académico de Gestión Pública (IAGP). A su vez, se ha desempeñado como árbitro en Contrataciones Públicas, asesora y consultora en diferentes instituciones públicas y privadas, directora de Promoción Académica y Cultural del Colegio de Abogados de La Libertad, presidenta de la Comisiones Especializadas en Mecanismos de Resolución de Conflictos y Contrataciones e integrante de la Comisión Especializada de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de La Libertad.

por elección popular como el presidente de la República o los congresistas, quienes se rigen por su Ley Orgánica de creación. De esta manera, el Estado provee normativas precisas en un marco legal, tales como la Ley de Servicio Civil y de manera supletoria, el Código de ética.

Entonces, el servicio civil supone un conjunto de personas al servicio del Estado. Por lo tanto, se necesitan medidas institucionales que logren la articulación y gestión del este valioso recurso humano. En consecuencia, sus reglas deben armonizarse, de tal modo que encuentren su razón de ser en el interés general.

El interés general representa el objetivo primordial del sector público; junto, evidentemente, al respeto de los derechos de las personas que se encuentran al servicio del Estado. Un servidor civil actúa en representación del Estado, condición que lo diferencia del trabajador privado y que, a su vez, determina que el constituyente encomiende al legislador que desarrolle un régimen especial para los servidores públicos, de preferencia, un estatuto público.

A partir de este panorama, es importante identificar quién es servidor civil. Desafortunadamente, de acuerdo con la Constitución Política y su contenido en el Capítulo IV, no se adopta una definición específica al respecto. No obstante, se puede interpretar que un servidor civil contará con garantías configuradas por el legislador para su acceso, cese, progresión, derechos, obligaciones, para rendir cuentas y para exigirle responsabilidad por sus actos —en ejercicio de funciones públicas—. En efecto, en el sector público no se debe presumir, debe haber normas con carácter de ley que establezcan de manera clara cuál es la conducta infractora; de lo contrario, se configuraría un acto arbitrario.

Existen múltiples regímenes laborales por los cuales estos servidores se vinculan con el Estado. En líneas generales, con una carrera rige el Decreto Legislativo 276 o la Ley N° 30057 – Ley de Servicio Civil; y sin carrera, aplica el régimen de actividad privada con el Decreto Legislativo N°728 o el de Contratación Administrativa de Servicios – CAS – Decreto Legislativo N° 1057. A su vez, con carreras especiales se manifiestan otra clase de criterios, tales como profesorado y magisterial, docentes universitarios, profesionales de la salud, asistenciales de la salud, magistrados, fiscales, diplomáticos, servidores penitenciarios, militares y policías. Incluso, en otros regímenes se establece que sin carrera se encuentra el criterio de gerentes públicos con el Decreto Legislativo N° 1024; y, sin carrera con vínculo civil, los Convenios de administración con PNUD, el Fondo de Apoyo Gerencial (FAG) y los Profesionales Calificados (PAC).

Retomando la idea de que velar por el interés general constituye un fin público, se concibe que el acceso a cargos públicos debe efectuarse bajo igualdad de oportunidades mediante criterios como el mérito, idoneidad, capacidad, tal como se encuentra tipificado en el artículo 39 de Constitución Política. En contraste con el fin privado que se enmarca en la promoción del empleo a partir de un trabajo personal, remunerado, y subordinado de acuerdo al art. 2 inciso 15 y artículo 22 de la Constitución Política.

4. La responsabilidad de los servidores civiles

Según el artículo 41¹ de la Constitución Política de 1993: "(...) La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado". Bajo el principio de autonomía de las responsabilidades, se van a suscitar consecuencias por acción negligente de acción u omisión de carácter civil, administrativo o penal en relación con la responsabilidad de las autoridades, las cuales son independientes². Entonces, la decisión acerca de cuál es la responsabilidad administrativa disciplinaria de estos servidores civiles, no va a enervar que, a su vez, de sus propias acciones, tengan responsabilidad civil o penal³. De acuerdo con el marco legal peruano, se distinguen cuatro tipos de responsabilidades en relación con el contexto descrito anteriormente, constituidos por el ámbito político, civil, penal y administrativo.

4.1 Responsabilidad Política

De manera general, se aplica a aquellos funcionarios que disputan su cargo a partir de elección popular o por confianza política originaria en sí por el modo en que estos ejercen el poder político. En esta línea, se puede presentar un cuadro difuso o uno institucional. El primero, involucra el juicio negativo que los ciudadanos pueden dar a la actuación de los gobernantes, se manifiesta a través de la opinión pública, lo cual se proyecta al comportamiento electoral, en las urnas. El segundo, refiere a que un órgano del Estado desapruueba el modo en que otro órgano ejerce sus funciones y provoque el cese o la dimisión de este último. En ese sentido, se reconoce la inclusión de interpelación, censura, cuestión de confianza, entre otros⁴.

4.2 Responsabilidad Civil

Surge ante el incumplimiento de las obligaciones que generen un daño de carácter patrimonial al Estado, lo cual implica resarcir las consecuencias. Se da por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, sea por dolo o culpa, ocasionando un daño económico a su entidad o al Estado.

4.3 Responsabilidad Penal

Se encuentra ligada a las consecuencias derivadas de las acciones delictivas, que se concretan en la imposición de una pena. Por ello, cabe resaltar que el poder

¹Artículo modificado por Ley N° 30650: "El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad."

²Artículo 262.1 - TUO LPAG.

³Artículo 91 – Reglamento LSC: "La instrucción o decisión sobre la responsabilidad administrativa disciplinaria de los servidores civiles no enerva las consecuencias funcionales, civiles y/o penales de su actuación, las mismas que se exigen conforme a la normativa de la materia".

⁴Artículo 130, 131 y 132 de la Constitución Política.

punitivo del Estado es único, otorgado para la tutela de los bienes jurídicos que el pacto social considera que deben ser protegibles, cuyo límite recae en el respeto de los Derechos Humanos. Asimismo, el ejercicio del ius puniendi se manifiesta en materia penal y administrativa. En esta última se ubicarían situaciones menos graves, donde lo máximo que podría ocurrir sería la inhabilitación; mientras que en el primero, se priva de libertad.

4.4 Responsabilidad Administrativa

El Derecho Administrativo se ha expandido, de tal forma que interviene en un mayor número de ámbitos de la vida pública, incluso en la economía. Tutela los intereses generales y el adecuado funcionamiento de la Administración Pública. Básicamente, se desarrolla en dos aspectos: la disciplinaria y la funcional, las cuales tienen estructuras diferentes en sus procedimientos, sanciones y órganos rectores a cargo. En ese sentido, en la primera subdivisión, es decir, la disciplinaria, se actúa en función a la Ley del Servicio Civil y bajo la entidad del SERVIR; mientras que, en la funcional, mediante la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador y la Contraloría General. Además, el poder punitivo de autoprotección —es decir, el disciplinario— es el que más se fundamentaría en los intereses públicos. Por otro lado, resulta pertinente diferenciar entre lo ilícito penal y la infracción administrativa, que, de acuerdo con una teoría ecléctica, dependerá de la voluntad del Estado que remite a la vía penal, y administrativa.

4.4.1 Responsabilidad administrativa funcional

En esencia, corresponde a la responsabilidad de los funcionarios o servidores públicos. Ello, justamente, porque la potestad disciplinaria se justifica en la especial relación de poder en que encuentra sometido de forma voluntaria el funcionario. No tiene un alcance represivo mayor que el de la privación de los derechos de la relación de servicios, siendo por ello que la sanción máxima que a través de esta puede imponerse es la separación del servicio. En otras palabras, la pérdida de la condición de funcionario es la pena máxima que se puede imponer en el marco de una infracción grave de carácter disciplinario.

A su vez, se encuentra establecida en el artículo 82 de la Constitución Política en donde se le reconoce a la Contraloría las funciones de supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control; se evidencia esta potestad sancionadora en contraste a las facultades que poseen otras entidades como SERVIR. Sobre esta base, y a través de la Ley N° 29622 y la Ley 31288 se otorgó a la Contraloría General la facultad de aplicar directamente sanciones por la comisión de las infracciones que habrían cometido las entidades sujetas a control, sus funcionarios y servidores públicos, las sociedades de auditoría y las personas jurídicas y naturales que manejen recursos y bienes del Estado, o a quienes haya requerido información o su presencia con relación a su vinculación jurídica con las entidades. Por tanto, el carácter distintivo de su procedimiento

es que la Contraloría impone sanciones derivadas de los informes de control emitidos por los órganos del sistema.

Respecto a la competencia, ante el inicio de dos procedimientos bajo un mismo funcionario y hechos similares, va a primar siempre la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador de la Contraloría, dejando sin efecto un procedimiento disciplinario. Ello se visualiza en el reglamento LSC-PAD⁵ y en la Resolución de Contraloría N° 100-2018-CGR⁶ que aprueba el Reglamento del PAS de Contraloría.

5. Sistema de Gestión Antisoborno

Sustancialmente, un soborno se trataría de una oferta, promesa, entrega, aceptación o solicitud de una ventaja indebida de cualquier valor —que puede ser de naturaleza financiera o no financiera—, directamente o indirectamente, e independientemente de su ubicación, en violación de la ley aplicable, como incentivo o recompensa para que una persona que actúe o deje de actuar en relación con el desempeño de las obligaciones de esa persona.

A partir de estos lineamientos, cabe reconocer que el sistema de gestión antisoborno se encuentra regulado por INACAL⁷, donde rige principalmente la Norma Técnica Peruana - NTP-ISO 37001 2017⁸.

Entre sus principales implicancias se encuentra la de fijar los requisitos de un sistema de gestión para combatir el soborno. Además, está diseñada para ayudar a una organización a establecer, implementar, mantener, revisar y mejorar un programa o sistema de gestión antisoborno. Incluye a su vez, una serie de medidas y controles que una organización debe de implementar, las cuales representan las buenas prácticas globales de antisoborno, y un anexo que brinda lineamientos para su aplicación.

Por otro lado, respecto a quién se encuentra facultado para utilizar esta norma, se conoce que es de uso global, y tiene la flexibilidad para adaptarse a un amplio rango de organizaciones. En consecuencia, es válido en grandes, pequeñas y medianas empresas, el ámbito público y privado en todas sus variantes, organizaciones no gubernamentales, entre otras.

⁵Literal 96.4: “[...] en los casos en que la presunta comisión de una falta se derive de un informe de control, las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario son competentes en tanto la Contraloría General de la República no notifique la Resolución que determina el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in idem”.

⁶Resolución de Contraloría C° 100-2018-CG, emitida el 3 de abril 2018. Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

⁷El Instituto Nacional de la Calidad -INACAL, a través de la Dirección de Normalización es la autoridad competente que aprueba las Normas Técnicas Peruanas a nivel nacional.

⁸Esta, es una adopción de la versión en inglés de la Norma Internacional ISO 37001:2016 Anti-bribery management systems.

Es posible proyectar los lineamientos de este sistema en la Ley N° 30556 que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del gobierno nacional frente a desastres y dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, exige incluir cláusulas anticorrupción en los contratos que se celebren con empresas contratistas con el Estado en las obras por reconstrucción, para lograr minimizar los riesgos asociados a actos de corrupción. Así mismo, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)⁹ establece que contar con un Sistema de Gestión Antisoborno será considerado en los factores de evaluación en las contrataciones.

6. Conclusiones

A partir de lo detallado, es posible reconocer la amplitud de la responsabilidad administrativa, que incluso no es exclusiva de esta materia, ya que también se despliega en el área civil, penal y política. En ese sentido, es importante reflexionar en torno a los mecanismos establecidos en el marco legal y hasta qué punto regulan eficazmente las situaciones de soborno y demás acciones que ameritan sanción; se busca constantemente aportar y fortalecer la comunidad jurídica a partir de la crítica.

⁹En el 2019, OSCE obtiene ISO Antisoborno, lo cual permite prevenir y mitigar riesgos de soborno en procedimientos del Tribunal de Contrataciones, de la Dirección Técnica Normativa y del Registro Nacional de Proveedores.